

NOVEDADES EN EL REGIMEN JURIDICO DEL DOMINIO PUBLICO EN FRANCIA (1)

Por

JAVIER BARCELONA LLOP
Seminario de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTEXTO: PROBLEMAS EN TORNO A LA EXTENSIÓN DE LA DEMANIALIDAD.—III. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR: ADMISIBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO: 1. *Planteamiento de la cuestión*. 2. *La decisión Association Eurolat-Crédit Foncier de France, de 6 de mayo de 1985*. 3. *El artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988 y el asunto S.A. SOFAP-Marignan Immobilier, de 25 de febrero de 1994*. 4. *Derechos reales sobre el dominio público estatal: la Ley de 25 de julio de 1994*.—IV. LA DECISIÓN DEL CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE 21 DE JULIO DE 1994: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DOMINIO PÚBLICO.

I. INTRODUCCIÓN

Ninguna duda cabe de que en Francia el régimen jurídico de los bienes públicos en general y del dominio público en particular es objeto de una antigua y notable atención doctrinal que ha dado no pocos y sobresalientes frutos. Desde los primeros tratadistas hasta nuestros días, la literatura que al tema atiende es extraordinariamente amplia y, con independencia de enfoques y planteamientos, rica en obras de gran altura, extensas o no. De la misma manera, la jurisprudencia recaída sobre la materia ha ido decantando, a lo largo de un proceso más que centenario, numerosos aspectos de un régimen jurídico que, con el tiempo y el aporte de autores y tribunales, ha alcanzado un notable grado de madurez y, con ella, de solidez institucional.

(1) La elaboración de este trabajo ha sido posible gracias a una subvención de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica, que me permitió disfrutar de una estancia en París a lo largo de la cual tuve ocasión de aproximarme al régimen jurídico de los bienes públicos en Francia, sumergido en los parece que inagotables fondos de la Biblioteca Cujàs. Una primera plasmación de ello son estas páginas; espero ofrecer pronto una segunda en una monografía sobre las reservas demaniales en trance de finalización. Agradezco al Profesor Franck MODERNE su valiosa y desinteresada ayuda, así como el trato extraordinariamente cordial del que me hizo objeto a lo largo de aquellos meses. Estas páginas van directamente dedicadas a Miguel BELTRÁN y a Gerardo GARCÍA ALVAREZ; celebrando nuestra coincidencia en París, naturalmente.

Las abreviaturas más utilizadas son las siguientes: «AJDA»: *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*; CDE: *Code du Domaine de l'État*; C.E.: *Conseil d'État*; «CJEG»: *Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*; «D.»: *Recueil Dalloz*; «EDCE»: *Études et Documents. Conseil d'État*; «R.»: *Recueil Lebon*; «RA»: *La Revue Administrative*; «RDPSP»: *Revue du Droit Public et de la Science Politique*; «RFDA»: *Revue Française du Droit Administratif*; «S.»: *Recueil Sirey*, unificado con el *Recueil Dalloz* a partir de los años cincuenta en el *Recueil Dalloz Sirey* («D.»); T.A.: *Tribunal Administratif*.

Ahora bien, de ahí no se infiere que el régimen jurídico del dominio público sea en Francia refractario a toda evolución, como si ya se hubiera llegado a la meta. Al margen de la improbable existencia de una meta capaz de enervar el avance de cualesquiera de las ciencias, ciertos fenómenos han forzado un importante y reciente viraje. Hace ya algún tiempo que en el régimen jurídico del dominio público se vienen acusando disfunciones generadas por problemas que se reputan reales, lo que ha abierto un amplio campo a la reflexión y al debate en búsqueda de nuevas orientaciones, de un ajuste conciliador (2). Pero, más allá del diálogo científico, el propio legislador ha introducido notables novedades en un aspecto tan concreto como crucial cual es el de las ocupaciones del dominio público, aspecto en el que la ley ha rectificado frontalmente los criterios hasta ella asumidos y férreamente defendidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La reacción legislativa —e importa destacar este extremo: no hablamos de propuestas doctrinales, sino de concretas respuestas positivas— ha quebrado, en efecto, uno de los más arraigados principios del régimen jurídico demanial cual es el de la inexistencia de derecho real alguno derivado del título habilitante de la ocupación del dominio público, en consonancia con la precariedad inherente a la misma. La ruptura ha venido en dos fases. La solución se ensaya en 1988 en el ámbito local para, en 1994, extenderse al estatal (3), si bien entre una y otra median diferencias de cierto calibre. A la exposición de ambas fórmulas se dirigen estas páginas, además de al análisis de una importante decisión del Consejo Constitucional recaída a raíz de la segunda de ellas. Exposición, advierto, ausente de juicios de valor y de pretensiones comparativas con nuestro ordenamiento. No es momento ni para una cosa ni para la otra: de lo que se trata es de dar cuenta de unas novedades importantes que en lo sucesivo habremos de tomar en consideración a la hora de apelar al régimen francés de la demanialidad puesto que éste ya no es, digámoslo así, exactamente el que era.

Antes, no obstante, de entrar en materia, estimo oportuno aludir sumariamente al contexto en el que las dos nuevas leyes encuentran parte de su explicación. No toda puesto que se trata de un contexto que apela a una problemática de mayor alcance por ser más amplia (4), pero que sin él las soluciones adoptadas no se comprenden adecuadamente. Entiéndase,

(2) Buena prueba de ello es el importante coloquio celebrado en París, Facultad de Derecho de París-Saint Maur, los días 20 y 21 de septiembre de 1990, bajo el lema de *Domaine public et activités économiques*, cuyas actas han sido publicadas en «CJEG», 1991, citadas en lo sucesivo como «Colloque».

(3) Es común señalar entre nosotros que el régimen local constituye con frecuencia un banco de pruebas de las soluciones que más tarde se extienden a otros ámbitos; en el campo del dominio público, lo mismo ha sucedido generalmente en Francia. Cfr. Ch. LA-VIALLE, *Du domaine public comme fiction juridique*, «La Semaine Juridique», 1994, núm. 22, 261.

(4) Valga la cita, en su condición de exposición de conjunto de los problemas que se identifican en el régimen del dominio público, de J. F. LACHAUME, «L'évolution de la propriété publique», en *L'évolution contemporaine du droit des biens*, París, PUF, 1991, 105 y ss. Para el mismo objeto sirve, si bien condicionado por su fecha de publicación, M. LA-GRANGE, *L'évolution du droit de la dominialité publique*, «RDPSP», 1974, 5 y ss.

pues, el epígrafe que ahora sigue como lo que es, como la exposición de un marco cuyos aspectos problemáticos no se resuelven sólo con las nuevas reglas sobre la ocupación del dominio público, pero fuera del cual éstas no encuentran explicación completa.

II. EL CONTEXTO: PROBLEMAS EN TORNO A LA EXTENSIÓN DE LA DEMANIALIDAD

En un documento tan importante como singular cual es el Informe elaborado en junio de 1986 por la *Section du Rapport et des Études* del Consejo de Estado y cuya tercera parte ha sido dada a conocer, se alude sin ambages a las dificultades generadas por la extensión aplicativa del régimen de la demanialidad (5). Lo mismo puede leerse en alguna reciente y significativa contribución doctrinal (6). Al estado de cosas merecedor de tales juicios no ha sido ajena la jurisprudencia toda vez que, excepción hecha de los textos que precisan que ciertos bienes son demaniales y respecto de los cuales ningún problema parece existir, el resto de las dependencias del dominio público lo son por determinación jurisprudencial, suscitándose los problemas justamente en relación con éstas (7).

Para entender cómo se ha llegado hasta ahí, forzoso es aludir a la evolución de los criterios de la demanialidad que, en un primer momento, basculan sobre la afectación, que ocupa una posición neurálgica una vez que la diferencia entre un dominio público y un dominio privado es admitida de manera definitiva (8). Más bien poco tecnificada en las primeras

(5) Bajo el título de *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, dicho documento ha sido publicado en «EDCE», 1987, 13 y ss., que es por donde lo he manejado; puede encontrarse también en «Revue du Droit Immobilier», 1987, 313 y ss., así como en el número especial de «CJEG», octubre de 1991, donde se publican las Actas del ya citado Coloquio *Domaine public et activités économiques*.

(6) Vid., por ejemplo, Y. GAUDEMET, «Les constructions en volume sur le domaine public», en *L'évolution contemporaine du Droit des biens*, París, PUF, 1991, 135 y ss.

(7) En *Réflexions*, 17, se lee que en lo concerniente al campo de aplicación del régimen del dominio público *il n'y a aucune difficulté pour les domaines publics classiques (rou-tier, maritime, fluvial, militaire, ferroviaire, lignes de télécommunication...)* dont le régime, d'ailleurs en partie défini par une série de textes législatifs et réglementaires, est depuis longtemps assimilé para les gestionnaires et se révèle adapté aux besoins. Las dificultades, en cambio, surgen respecto de los otros, respecto de aquellos bienes que están sujetos al régimen de la demanialidad por obra del criterio jurisprudencial.

(8) La distinción neta entre dominio público y privado, hoy consagrada en el artículo L. 2 CDE, ha encontrado ciertas resistencias doctrinales de las que es cabecera la formulación por L. DUGUIT de la conocida teoría de la escala de la demanialidad en su *Traité de Droit constitutionnel*, vol. III, París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1930, 348 y ss. En la literatura posterior destaca el excelente estudio de J. M. AUBY, *Contribution à l'étude du domaine privé de l'Administration*, «EDCE», 1958, 35 y ss. En la actualidad la distinción se mantiene, pero arrecian las voces que proclaman una cierta relativización de la misma en lo que a sus consecuencias de régimen jurídico concierne. Así, en *Réflexions*, 14, se lee que al dominio privado *un minimum incompressible de règles de droit public est applicable du seul fait de la qualité du propriétaire*, criterio ya asumido por la jurisprudencia, que ha admitido el recurso por exceso de poder respecto de ciertas decisiones unilaterales relativas a la gestión del dominio privado (C.E., 17 de octubre de 1980, *M. Jean Gaillard*, «AJDA», 1981, 312, conc. LABETOULLE; C.E., 26 de abril de 1985, *Commune de Larrau*, «AJDA», 1985, 431, conc. JEANNENEY) o reconocido la existencia de cláusulas exorbitantes

posturas de cariz antipropietarista (9), la afectación se se perfila cuando irrumpe la idea de propiedad administrativa (10), que es la dominante en la doctrina y en la jurisprudencia (11). En su condición de piedra angular del régimen de la demanialidad, sobre la afectación no influyen las discusiones relativas a las relaciones entre Administraciones públicas y bienes demaniales, incrementándose incluso su importancia cuando el criterio propietario es combatido (12) o cuando, aun admitiendo la existencia de

en los contratos suscritos para su gestión (Tribunal de Conflictos, 17 de noviembre de 1975, *Leclert*, R. 800; 17 de octubre de 1988, *Ministre de l'Économie et Finances c. Mlle. Jean et Autres*, R. 493).

Que el debate sobre la aproximación de regímenes jurídicos entre el dominio público y el privado está vivo es cosa que se comprueba consultando la intervención de LATOURNERIE en el coloquio de 1990, quien llegará a proponer la desaparición misma de la noción de dominio privado ante la evidencia de que todos los bienes públicos están sujetos a un régimen más o menos intenso de derecho público, invocando la teoría de la escala de la demanialidad («Colloque», cit., 17, 20, 23). Se comprende el sentimiento del Decano AUBY tras haber escuchado lo anterior: *lorsque j'entends un membre du Conseil d'État aller dans le sens de cette idée que la notion de domaine privé est absurde, puisque le domaine privé a en partie un régime de droit public et largement une fonction d'intérêt général, je m'en réjouis totalement*. Parece, pues, que no se ha cumplido la profecía de René CASSIN cuando señaló a J. M. AUBY que las audaces tesis vertidas en su citado estudio de 1958 no tenían ninguna posibilidad de triunfo. En otro orden de consideraciones, y girando el régimen demanial en torno al criterio de la afectación, no falta algún autor que lo ha aplicado al dominio privado, aunque con un contenido distinto al propio de la afectación demanial; vid. L. SIORAT, *La notion d'affectation en matière domaniale*, «RDPSP», 1958, 866 y ss., esp. 897 y ss.

(9) Por ejemplo, PROUDHON, del que pueden consultarse referencias de interés sobre este punto en Ch. LAVIALLE, *Existe-t-il un domaine public naturel?*, «CJEG», 1987, 629-630. Vid. asimismo, en otro orden, las conclusiones de MARGUERIE a C.E., 21 de noviembre de 1984, *Conseil de Fabrique de l'Église de Saint-Nicolas-des-Champs*, R. 806.

(10) Propiedad administrativa cuya formulación dogmática se debe a M. HAURIOU. Además de en las diversas ediciones del *Précis*, la tesis de este autor al respecto queda expuesta en sus comentarios jurisprudenciales; vid. los correspondientes a C.E., 16 de julio de 1909, *Ville de Paris et Chem. de Fer d'Orléans*, S. 1909. III.97, decisión que puede consultarse con las conclusiones de TESSIER, también en sentido propietario, en R. 707; C.E., 17 de enero de 1923, *Min. des Travaux Publics et Gouverneur Général de l'Algérie c. Soc. Piccioli Frères*, S. 1925.17. El énfasis en la afectación en cuanto criterio de la demanialidad en HAURIOU puede comprobarse en *Précis de Droit administratif et de Droit public général*, París, 1897 (3.ª ed.), 629 y ss.; en la misma obra, 613 y ss. para su concepción del dominio público como propiedad.

(11) Cfr. M. WALINE, *Les mutations domaniales. Étude des Rapports des Administrations Publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, París, Jouve & Cie., 1925, 93 y ss., 123 y ss.; A. DE LAUBADÈRE, *Dominalité publique, propriété administrative et affectation*, «RDP», 1950-1, y luego en A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO y G. VEDEL, *Pages de doctrine*, París, LGDJ, 1980, que es por donde cito, vol. II, 84 y ss., especialmente; J. F. DENOYER, *L'exploitation du domaine public*, París, LGDJ, 1969, 49 y ss.; J. DUFAU, *Le domaine public*, París, Ed. du Moniteur, 1990 (4.ª ed.), vol. I, 39 y ss.; J. F. LACHAUME, *L'évolution*, cit., 105-107; A. DE LAUBADÈRE, J. C. VENEZIA e Y. GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, París, LGDJ, 1992, tomo II (9.ª ed.), 201 y ss.; J. M. AUBY y J. P. BON, *Droit administratif des biens*, París, Dalloz, 1993 (2.ª ed.), 17-18, 69 y ss.; Ph. GODFRIN, *Droit administratif des biens*, París, Masson, 1994 (4.ª ed.), 19-21; Y. BRARD, *Domaines public et privé des personnes publiques*, París, Dalloz, 1994, 36-37. Vid., no obstante, la postura reticente de C. KLEIN, *La police du domaine public*, París, LGDJ, 1966, 27 y ss. En la jurisprudencia reciente, la tesis propietario en, por ejemplo, C.E., 17 de marzo de 1967, *Ranchon*, «RDPSP», 1968, 180, nota WALINE; C.E., 23 de octubre de 1968, *Consorts Brun*, R. 503; C.E., 8 de mayo de 1974, *Giraud et Truchefaud*, «AJDA», 1974, 379; C.E., 23 de julio de 1974, *Commune de Saint-Gaudens*, R. 446; C.E., 22 de junio de 1977, *Ferré*, «RDPSP», 1978, 1160; C.E., 29 de junio de 1990, *Consorts Marquassuzza*, R. 188.

(12) Así, L. DUGUIT, *op. cit.*, 333 y ss., donde el dominio público se configura como un

un derecho de propiedad, se habla de él en términos diferentes a los que HAURIOU utilizara (13). De esta manera, la afectación permanece siempre ahí, inserta en el núcleo de la demanialidad, llegando destacados autores a considerarla como el único criterio determinante de la misma (14).

Girando la afectación sobre los conceptos de uso y servicio público, si bien el primero no se consolida hasta los años treinta (15), en un momento dado deja de aparecer como el único elemento a considerar en la determinación de la demanialidad. En efecto, progresivamente fue perfilándose un criterio adicional que acabó por instalarse de manera definitiva en el régimen jurídico del dominio público. LATOURNERIE en su condición de Comisario del Gobierno (16), alguna aislada decisión de la jurisdicción administrativa (17) y WALINE en sede doctrinal (18), habían ido trazando un camino que la Comisión de Reforma del Código Civil amojonó en 1947 al afirmar que, para predicar su demanialidad, y siempre salvo disposición legal en contrario, los bienes de servicio público debían estar adaptados exclusiva o esencialmente a las finalidades particulares del servicio (19); la afectación pura y simple no era así suficiente, al menos para los bienes mencionados. La idea causó pronto mella en alguna jurisprudencia civil y administrativa (20), para hacer cumbre en el importante *arrêt Société Le*

patrimonio afectado a un fin de utilidad colectiva, estando socialmente protegida esta afectación sin necesidad de que haya una persona titular de aquél. Quizá el mayor énfasis en el protagonismo de la afectación, desplazando a la idea de propiedad, se deba a R. CAPITANT; vid. su nota a C.E., 17 de febrero de 1932, *Commune de Barran*, «D.», 1933.3.49, donde llega a proponer la sustitución de la noción de dominio público por la de afectación, tesis que fue prontamente contestada por M. WALINE en su nota a T.A. de París, 13 de mayo de 1933, *Ville d'Avallon c. Consorts Lepoux*, «D.», 1934.2.101, y algo después por DE LAUBADÈRE, *Dominialité publique*, cit.

(13) Cfr. R. BONNARD, *Précis de Droit public*, París, Sirey, 1946 (7.^a ed., a cargo de M. DUVERGER), 200 y ss.

(14) GAUDEMET, *Les constructions en volume*, cit.; J. M. AUBY, «Colloque», cit., 45; LAVIALLE, *Existe-t-il un domaine public naturel?*, cit., 636.

(15) C.E., 18 de junio de 1935, *Mougamadousadagnetoullah Marecar*, «D.», 1936.III.20, nota WALINE y conclusiones de LATOURNERIE, relativo a los cementerios, hasta entonces afectados, según la jurisprudencia, al servicio público. Es también llamativa T.A. de París, 13 de mayo de 1933, *Ville d'Avalon c. Consorts Lepoux*, cit., sobre una iglesia abierta al culto católico cuya demanialidad se justifica en su afectación al uso directo del público a pesar de que, en virtud de la Ley de 9 de diciembre de 1905, sobre la separación entre las Iglesias y el Estado, el culto había perdido el carácter de servicio público.

(16) Vid. las conclusiones de LATOURNERIE al asunto *Marecar*, ya citado.

(17) Así, en relación con un caballo militar, T.A. de Nîmes, 4 de diciembre de 1944, *Etat français c. Brun*, «D.», 1946, 28, nota WALINE.

(18) Vid. *Les mutations*, cit., 45 y ss. También, sus comentarios a las decisiones mencionadas en la nota 15 y su nota a C.E., 18 de mayo de 1928, *Laurens*, «D.», 1928.III.65. A ello hay que añadir su *Traité de Droit administratif*, cuya primera edición (1936) cita a este propósito P. SANDEVOIR, *La notion d'aménagement spécial dans la détermination du domaine public*, «AJDA», 1966, 90.

(19) En la adopción de tal propuesta tuvieron notable y directa influencia tanto LATOURNERIE en su condición de miembro de la Comisión, como WALINE en su condición de especialista consultado por ésta; vid. un relato detallado en SANDEVOIR, *op. cit.*, 91-92. Dicha propuesta no llegó a término normativo alguno, pero su influencia fue innegable.

(20) Cass. Civ., 7 de noviembre de 1950, *Administration des Chemis de fer Algériens c. Société de l'Union Commerciale des Matériaux et autres*, S. 1952.I.173, nota G. TIXIER; C.E., 30 de octubre de 1953, *Société Nationale des Chemis de Fer Français*, R. 463.

Béton, de 19 de octubre de 1956, en el que por vez primera el Consejo de Estado acoge de manera expresa la noción de *aménagement spécial* en relación con los bienes afectados a un servicio público (21), acogimiento extendido, desde el asunto *Berthier*, de 22 de abril de 1960, a los bienes de uso público (22). De este modo, se incrustó en el seno del criterio de la demanialidad una regla que, nótese bien, nace con pretensiones restrictivas. Si la afectación no es suficiente para determinar que un bien es de dominio público sino que hace falta para ello algo más, la consecuencia lógica parece ser la de una mayor continencia a la hora de afirmar la demanialidad de un bien en particular (23).

Abundantemente considerado por la jurisprudencia (24) y en algún caso acogido por el legislador (25), el criterio ha acabado, empero, por perder su inicial finalidad reductora (26) y por provocar, se ha dicho incluso, una cierta relativización del alcance jurídico de la distinción entre uso y

(21) El *arrêt Le Béton*, considerado como una verdadera decisión de principio, en LONG *et. al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1993 (10.^a ed.), 536 y ss.; con las conclusiones del propio LONG en «D.», 1956, 681 y ss.

(22) Puede consultarse, con las conclusiones de HENRY, en «RDPSP», 1960, 1223 y ss. Un temprano comentario crítico en COMBARNOUS y GALABERT, *Chronique générale de jurisprudence administrative*, «AJDA», 1960, 78 y ss.; en el mismo tono, SANDEVOIR, *op. cit.*, 98-99.

(23) En cualquier hipótesis, la concurrencia de afectación y adaptación especial determina la sumisión del bien al régimen de la demanialidad sin que sea preciso acto expreso alguno (C.E., 14 de octubre de 1977, *Defforge*, «RDPSP», 1878, 1160). Por lo mismo, un bien especialmente adaptado y afectado no abandona el dominio público a pesar de que se dicte un acto expreso de desafectación (C.E., 22 de junio de 1977, *Michaud*, «AJDA», 1977, 441, con las conclusiones de FRANC y nota de DE LAUBADÈRE). Tales criterios quiebran, no obstante, cuando un texto señala otra cosa; C.E., 15 de febrero de 1989, *Commune de Mouvaux*, nota D. D., «CJEG», 1990, 55.

(24) Una cita de jurisprudencia sería casi interminable. Numerosas referencias en LAGRANGE, *op. cit.*, 12-14; LONG *et. al.*, *op. cit.*, 538 y ss.; DUFAY, *op. cit.*, 63 y ss.; GODFRIN, *op. cit.*, 22-24; AUBY y BON, *op. cit.*, 25-27; BRARD, *op. cit.*, 11 y ss.; L. DE GASTINES, *La distinction jurisprudentielle du domaine public par rapport au domaine privé*, «D.», 1978, 251 y ss.; P. SABLIERE, *À propos de quelques arrêts récents: réflexions sur les critères et le régime de la dominité publique*, «CJEG», 1989, 357 y ss.

En la jurisprudencia administrativa sobre dominio público es extraña la ausencia de mención al criterio de la adaptación especial, aunque en algún caso así ha sucedido. Vid., por ejemplo, dos decisiones de 14 de junio de 1972, *Sieur Elkoubi* y *Sieur Bollecker*, R. 437 y 446, en las que el Consejo de Estado afirma la demanialidad de una vía pública de Versalles y del aeródromo de Strasbourg-Neuhof con el solo argumento de la afectación. Pero se trata, insisto, de decisiones extrañas a un contexto de acusado protagonismo del criterio de la adaptación especial.

(25) Artículo 20 de la Ley de 30 de diciembre de 1982, sobre transportes interiores: *les biens immobiliers affectés au service public du transport ferroviaire et aménagés spécialement à cet effet ont le caractère de domaine public*.

(26) Cfr. SANDEVOIR, *op. cit.*, 93 y ss.; DUFAY, *op. cit.*, 64-65, 72-73, así como su nota a C.E., 17 de marzo de 1967, *Ranchon*, «AJDA», 1967, 415; GODFRIN, *op. cit.* 25-26; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 191-192; SABLIERE, *À propos*, cit., 361, y su comentario jurisprudencial publicado en «CJEG», 1988, 326: *cet aménagement est devenu fort peu spécial*. En sus conclusiones al asunto *Sieur Lecoq* («AJDA», 1978, 581), LABETOUILLE pudo señalar que la noción de adaptación especial puede suministrar los medios para apreciar si un bien es o no demanial, *mais elle n'est pas vraiment ce critère réducteur que certains ont voulu voir*; dichas conclusiones contienen un formidable alegato en favor del protagonismo alcanzado por el criterio de la adaptación especial.

servicio público (27). Resultado ampliatorio, pues, de un criterio nacido para restringir y al que no es ajena la propia ambigüedad de la noción de adaptación especial, sujeta a diversas interpretaciones (28); tampoco, como también se ha notado, una apreciación laxa del concepto de servicio público determinante de la sencilla localización de una adaptación especial una vez que un servicio público se ha identificado (29). Pero resultado que está ahí y sobre el que ya en 1966 advirtió SANDEVOIR propugnando la eliminación del criterio de la adaptación especial tras constatar que los beneficios derivados de su concepción originaria habían quedado enervados merced a una aplicación jurisprudencial reputada expansiva y desnaturalizadora (30) y que sólo ha encontrado claro freno en relación con los bosques estatales, cuya demanialidad se rechaza a pesar de concurrir una adaptación especial y una apertura al uso público (31). En definitiva, pues,

(27) Vid. las observaciones de DE LAUBADERE a C.E., *Michaud*, de 22 de abril de 1977, «AJDA», 1977, 444: *en définitive, si l'on ne peut dire que la distinction des dépendances affectées à l'usage du public et des dépendances affectées aux services publics ait perdu sa réalité et son intérêt juridique, on peut cependant constater qu'elle est, pour un certain nombre de dépendances, assez subjective et que sa conséquence juridique principale est aujourdhui réduite par l'extension jurisprudentielle de la condition de l'aménagement spécial*. En un sentido parecido, F. HERVOUET, *L'utilité de la notion d'aménagement spécial dans la théorie du domaine public*, «RDSP», 1983-1, 160-161.

(28) Sobre este punto, y proponiendo que toda adaptación especial constituye un *travail public*, criterio a cuya luz interpreta y justifica la jurisprudencia que ha sido objeto de críticas más acentuadas o que ha causado más perplejidad en la doctrina, HERVOUET, *op. cit.*, 140 y ss. La noción de *travail public* que este autor utiliza es la formulada en C.E., 10 de junio de 1921, *Commune de Monsegur*, esto es, una obra de carácter inmobiliario ejecutada por una persona pública con una finalidad de interés general.

(29) Cfr. HERVOUET, *op. cit.*, 152-153; DE LAUBADERE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 192; DUFAY, *op. cit.*, 75. Un ejemplo clásico se encuentra en C.E., 11 de mayo de 1959, *Dauphin*, que con las conclusiones de MAYRAS puede verse en «D.», 1959, 314. En dicha decisión, el Consejo de Estado afirmó la demanialidad de un camino afectado a un servicio público turístico y cultural respecto del cual la adaptación especial se limitaba a la instalación de una verja con la intención de prohibir el paso a los automóviles. Otro ejemplo significativo es C.E., 13 de julio de 1961, *Ville de Toulouse c. «Toulouse Football-Club»*, R. 513, relativo a unas instalaciones deportivas. A la vista de uno y otro manifiesta su inquietud SANDEVOIR (*op. cit.*, 93 y 97), aunque quizá en ellos el problema más grave no esté en la extensión del criterio de la adaptación especial, sino en la del concepto de servicio público.

(30) SANDEVOIR, *op. cit.*, 99 y ss. Propone este autor como fórmula sustitutiva la de afectación esencial al uso o al servicio público, interpretando la esencialidad desde una perspectiva sociológica. Una crítica a este planteamiento en HERVOUET, *op. cit.*, 138-139; recuérdese que este autor propende al mantenimiento de la noción de adaptación especial e interpreta la jurisprudencia en sentido no coincidente con el sentir general. A este propósito, resulta interesante consultar las conclusiones a que llega en orden a la eficacia reductora de la noción de adaptación especial.

(31) C.E., 28 de noviembre de 1975, *Office National des Forêts c./ Abamonte et Caisse Primaire d'assurance maladie de la Haute-Saône*, decisión sobre la que no faltan comentarios críticos; cfr. los de M. WALINE, F. MODERNE y J. M. AUBY en «RDSP», 1976-4, 1051 y ss.; «RA», 1976, 36 y ss., y «D.», 1976, 356 y ss., respectivamente; C.E., 28 de septiembre de 1988, *Office National des Forêts c. Mlle. Duopuy*, «AJDA», 1989, 47; «CJEG», 1989, 365. La condición de dominio privado de los bosques estatales no permite, empero, que la Administración pueda comportarse con ellos como lo haría un particular; vid. en este sentido las conclusiones de THERY al asunto *Courrière et autres*, C.E., 3 de marzo de 1975, de las que se hace eco GODFRIN en su *op. cit.*, 178. De hecho, los bosques están sometidos al llamado *régime forestier*, integrado por reglas de marcada exorbitancia; sobre ello, Ph. BISSA-

el campo de aplicación de las reglas del dominio público se expande por esta vía.

Al fenómeno descrito se añade la extensión del régimen demanial merced a un mecanismo diferente. En algún caso el Consejo de Estado ha apelado a la regla de la accesión contenida en el artículo 552 del Código Civil (*la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*) (32), que fue invocada, aunque sin cita del precepto, por LONG en sus conclusiones al asunto *Ville de Nice*, de 20 de abril de 1956: *la dominiabilité publique produit les effets accessoires de la propriété, et notamment l'accession* (33). No obstante, sobre este punto no existe una total claridad sino, más bien, una disparidad de criterios. Así, mientras algunos autores no parecen rechazar la aplicación de la accesión al dominio público aun cuando propongan criterios interpretativos guiados por una cierta restricción (34), otros postulan la inaplicación a aquél de la regla del artículo 552 del Código Civil (35) o ponen en duda que de la misma se derive de forma automática un incremento de las dependencias demaniales (36).

Pero, al margen de tal debate, un extremo está claro: la demanialidad puede extenderse a otros bienes distintos de aquellos que están afectados y especialmente adaptados. Sea en virtud de la accesión, sea en la de la llamada regla del accesorio, entendida como una teoría específica de la demanialidad y referida a la relación física que existe entre un bien y el dominio público (37) o a la relación funcional que media entre uno y

RA, *La gestion des forêts soumises au régime forestier*, y F. MODERNE, *Les principaux problèmes d'exploitation*, ambos en «AJDA», 1979, 20 y ss., 26 y ss., así como el comentario de WALINE a la decisión primeramente citada en esta misma nota. Una crítica al mantenimiento de los bosques estatales dentro del dominio privado cuando están abiertos al público y han sido objeto de una adaptación especial en DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 197-198.

En relación con espacios forestales no estatales, la jurisprudencia aplica las reglas comunes de la demanialidad y, constatados el uso público y la adaptación especial, aprecia su condición de dependencias del dominio público; vid. C.E., 14 de junio de 1972, *Sieur Eidel*, «AJDA», 1973, 495, obs. DUFU; C.E., 23 de febrero de 1979, *Monsieur Gourdain*, «AJDA», 1979, 20; C.E., 10 de junio de 1988, *Société d'Exploitation du Touring-Club de Paris*, R. 237; T.A. de París, 6 de junio de 1989, S.A. *Le Pavillon Royal*, «CJEG», 1989, 366.

(32) Se cita a este propósito el asunto *Compagnie Nouvelle des chalets de commodité*, de 7 de mayo de 1931: *en vertu des dispositions de l'art. 552 c. civ., la voie publique comprend non seulement le sol sur lequel elle repose, mais également le sous-sol*; GASTINES, *op. cit.*, 253; DUFU, *op. cit.*, 76; H. CHARLES, «Accesoire et domaine public en Droit administratif français», *Mélanges en l'honneur du prof. Michel Stassinopoulos*, París, LGDJ, 1974, 193; P. ALLINE, *Dominiabilité publique et ouvrages complexes*, «AJDA», 1977, 523, 623.

(33) Puede consultarse en «RDPSP», 1956, 575.

(34) Así, ALLINE y CHARLES en los estudios citados más atrás; GODFRIN, *op. cit.*, 41.

(35) Vid. Y. GAUDEMET, *La superposition des propriétés privées et du domaine public*, «D.», 1978, chr. 293 y ss.

(36) DUFU, *op. cit.*, 76-77: *il y a, certes, de nombreux cas dans lesquels les solutions jurisprudentielles peuvent se rattacher au mécanisme de l'accession. Il n'en demeure pas moins que des installations et des ouvrages unis ou incorporés au domaine public, au sens des articles 546 et suivants du Code civil, peuvent constituer des dépendances du domaine privé.*

(37) Cfr. DUFU, *op. cit.*, 77 y ss. Para este autor, que es quien expone con mayor claridad un tema bastante abigarrado, la teoría del accesorio comporta la extensión del régimen de la demanialidad a las edificaciones, obras e instalaciones situadas en un conjunto complejo al que se aplica la noción de demanialidad global, aunque es preciso para ello que exista un *lien physique étroit entre le bien accessoire et le bien principal incorporé au do-*

otro (38), la consecuencia expansiva se produce, no faltando decisiones jurisprudenciales que han suscitado la preocupación doctrinal ante una extensión de la demanialidad carente de toda justificación (39). De esta manera, sea por uno u otro criterio, tanto terrenos como construcciones, instalaciones y subsuelo pueden integrarse en el dominio público (40), que vuelve otra vez a mostrar su fuerza expansiva y atrayente, sin perjuicio de que en algún caso el Consejo de Estado haya procurado poner cierto coto a la misma (41).

La situación descrita de modo tan sucinto ha provocado problemas de orden práctico a los que de alguna manera se ha tratado de dar respuesta. Ciertos textos han acogido la técnica de la llamada clasificación o división en volúmenes, asimismo preconizada por la doctrina (42); entre ésta se ha

maine public. Ne sont pas considérés comme accessoires les biens matériellement indépendants ou dissociables du domaine public. Se trata, en fin, de la noción de complemento indisoluble de la que hablan DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET en su op. cit., 193-196, para oponerla a la que señala en la nota siguiente. Un ejemplo jurisprudencial de relativa celebridad en el que dicha tesis se aplica en T.A. de París, 8 de junio de 1971, Ville de Paris c/ Sieur Kergo, donde se proclama la demanialidad de les locaux sis au dessous de la chapelle absidiale et de la salle des catéchismes contigue à ladite chapelle [de la iglesia de Saint-Eustache, en París] font corps avec les parties de l'édifice qui servent à l'exercice du culte et qu'ils en sont indissociables en tant qu'ils constituent le soubassement; «AJDA», 1972, 169, nota DE LAUBADÈRE.

(38) Vid., de nuevo, DUBAU, op. cit., 81 y ss. Señalan al respecto DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET (op. cit., 194-196) que *l'attraction de la dominiabilité publique est en effet encore susceptible de jouer, en dehors de l'idée de liaison physique indissociable de deux éléments, lorsque existe une relation minimum d'objet et d'utilité entre la dépendance domaniale et le bien auquel il s'agit d'étendre la dominiabilité (...) La notion d'accessoire utile ou indispensable renvoie à la fonction de la dépendance domaniale, à l'utilité qu'elle remplit, donc à son affectation qui n'est convenablement assurée que par la disposition, dans les termes de la dominiabilité publique, de la dépendance en cause. También, CHARLES, op. cit., 188 y ss.*

(39) Paradigmático es en este sentido C.E., 28 de enero de 1970, *Consorts Philip-Bingisser*, comentado por G. LIET-VEAUX en una nota de título muy significativo: *Hypertrophie pathologique de la notion de domaine public*, «RA», 1970, 297 y ss.; refiriéndose a esta decisión, ha dicho GODFRIN en su op. cit., 43, que *les notions d'accessoire et d'indissociabilité ont été parfois poussées très loin, presque jusqu'à l'absurde.*

(40) Hay, no obstante, algunas excepciones; vid. DENOYER, op. cit., 94-95.

(41) C.E., 17 de diciembre de 1971, *Sieur Vériel et autres*, «AJDA», 1972, 124. En esta decisión, el Consejo de Estado estableció que *les tronçons de galeries situés dans le sous-sol des voies publiques, en admettant qu'ils soient devenus propriété de la ville de Lyon, n'étaient en rien, compte tenu de leur profondeur et de leur destination, des éléments ou des accessoires de ces voies et n'ont donc pas été incorporés dans le domaine public de la ville de Lyon.* Un comentario al asunto Vériel en la Crónica de LABETOULLE y CABANES, «AJDA», 1972, 97 y ss.

(42) A través de dicha técnica resulta admisible la coexistencia de dependencias demaniales y de propiedad privada en un mismo conjunto constructivo situado sobre el dominio público, enervándose de esta manera las consecuencias de la teoría del accesorio. Vid., especialmente, GAUDEMET, *Les constructions*, cit., 144 y ss. La técnica de la división en volúmenes, especialmente utilizada para la construcción o acondicionamiento de estaciones de metro y de ferrocarril, ha venido precedida de un texto excluyendo de la demanialidad determinados volúmenes del subsuelo o del vuelo y reservando la primera a los demás cuando la obra se ejecuta sobre un dominio público preexistente cuya expansión se quiere limitar físicamente; en cambio, cuando la operación urbanística no se ejecuta sobre una superficie demanial, tal texto no se ha considerado necesario, admitiéndose con normalidad la coexistencia de dependencias de dominio público y propiedad privada, como sucedió en las obras de la zona de La Défense, en París. Vid. GAUDEMET, *La superposition*, cit., 297; DUBAU, op. cit., 188-189.

hablado también de las desafectaciones de hecho enervantes de la demanialidad en ciertas circunstancias (43). A su vez, algunas decisiones jurisprudenciales recientes parecen situarse en sintonía con tales preocupaciones (44), pero ninguna garantía existe de que esa jurisprudencia se consolide y se produzca un viraje claro respecto de la tendencia anterior, al margen de que, por otro lado, respuestas coyunturales no dan satisfacción a los problemas identificados.

En efecto, en el momento presente existe un cierto consenso en la percepción de dificultades suscitadas tanto por la extensión de la demanialidad como por la correlativa aplicación de las reglas jurídicas propias de la misma, demasiado rígidas, se ha dicho, para una época en la que se requiere una mayor flexibilidad (45). Sin discutir la necesidad de mantener los principios clásicos en relación con ciertos bienes, para los demás se busca una atenuación del régimen demanial que facilite su gestión y explotación sin sujeción a los rigores del régimen tradicional. El informe sobre el derecho de las propiedades públicas elaborado por la *Section du Rapport et des études* del Consejo de Estado gira justamente en torno a ello (46). Algo después de él, la *Section des Travaux Publics* del propio Consejo de Estado emitió un dictamen apelando a la flexibilización del régimen demanial de los conjuntos portuarios y aeroportuarios en lo concerniente al estatuto jurídico de los ocupantes y de las obras por ellos realizadas, siempre dentro de los límites marcados por la afectación (47). De igual manera, en

(43) Si, dice SABLIÈRE en «CJEG», 1988, 327, la ubicación de un local en un edificio en el que existen dependencias demaniales determina de hecho su afectación en virtud de la regla del accesorio, ¿por qué no admitir de la misma manera una desafectación de hecho sin acto expreso previo? *Cela permettrait*, dice este autor, *loin de nuire à la notion de dominité publique, de lui redonner au contraire plus de rigueur en la limitant aux locaux effectivement utilisés pour un service public et réellement aménagés à cet effet*. En un sentido parecido, GAUDEMET, *Les constructions*, cit., 149: *les constructions «en volume» sur le domaine public n'exigeraient un déclassement que dans le cas où précisément les volumes concernés ont été à un moment le support de l'affectation domaniale en cause*.

(44) Vid. C.E., *M. Leparoux*, de 8 de febrero de 1989, en el que se apreció más rigurosamente que de costumbre, y justamente para rechazarla, la concurrencia del *aménagement spécial* («CJEG», 1989, 366; referencias al mismo, no exentas de cierta perplejidad, en SABLIÈRE, *A propos*, cit., 357 y ss.). En relación con la teoría del accesorio, C.E., 4 de noviembre de 1987, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Bordeaux c/ Mme. Le Sauvage et Clemenceau*, «CJEG», 1988, 322, con las conclusiones de LAROQUE y un comentario de SABLIÈRE; vid., también, Ph. TERNEYRE, *Conditions de l'appartenance d'un bien au domaine public (règle de l'accessoire). Changement d'affectation des biens des collectivités publiques*, «RA», 1987, 549 y ss.; C.E., 24 de enero de 1990, *Mme. Boulter*, «CJEG», 1990, 238, con nueva nota de SABLIÈRE; C.E., 8 de agosto de 1990, *Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports c/ Ville de Paris*, «CJEG», 1991, 15 y ss., con las conclusiones de FRYDMAN y comentario de SABLIÈRE.

(45) Así, GAUDEMET en «Colloque», cit., 35.

(46) Si le «noyau dur» du domaine public, leemos en 19, doit être impérativement maintenu, le régime juridique des autres immeubles peut être conçu de façon à assurer un peu plus de liberté aux collectivités publiques dans le choix des contrats leur permettant d'atteindre dans les meilleures conditions possibles leur finalité globale.

(47) Avis de 13 de junio de 1989, publicado en «CJEG», octubre 1991, 159-160: *l'ensemble des informations recueillies tant auprès des administrations compétentes qu'auprès de partenaires économiques de l'État et des collectivités territoriales concernées confirme l'intérêt que présenterait l'adaptation aux problèmes concrets posés par l'évolution des ensembles por-*

su intervención en el Coloquio de París de 1990, la Consejera de Estado LA-TOURNIERE insistió seriamente sobre estos extremos (48).

Los testimonios citados me parecen especialmente significativos puesto que ponen de relieve que la cuestión no responde sólo a especulaciones doctrinales: es el propio Consejo de Estado, si bien en sede consultiva, quien da la voz de alerta, quien advierte de la inadecuación del régimen demanial a las actuales exigencias de la explotación del dominio público. Inadecuación que, generalmente, se observa en las dificultades suscitadas por los rigores de un principio al que luego me referiré y que no es otro que el de la precariedad de las ocupaciones, precariedad que, lógicamente, se extiende allá a donde se extienda el dominio público y que impone una ley que se reputa contraria a las exigencias de una explotación racional del dominio público que, se estima, requiere de una cierta estabilidad en la ocupación. La situación se ha planteado en la práctica en diversas ocasiones y los administradores han debido ingeniar mecanismos capaces de solventar las dificultades, no siempre al estricto amparo de los utillajes legales (49).

No voy a profundizar en ello, pero creo que es interesante dejar constancia del fenómeno. Las reglas jurídicas de la demanialidad muestran hoy algunos síntomas de inadaptación y se buscan soluciones recondutoras. Sin embargo, se es consciente de que las mismas no pueden quedar en manos de la jurisprudencia, de evolución progresiva, ceñida al litigio de que en cada momento se trate y, en definitiva, operante a la vista de unos textos normativos cuya interpretación no permite ciertas violencias. Antes al contrario, se hace una llamada al legislador para que intervenga directamente y fije tanto la extensión de la demanialidad cuanto los parámetros jurídicos de la misma (50). Pues bien, en un concreto aspecto, dicha inter-

tuaires et aéroportuaires des certaines règles communes aux domaines publics de l'État et des autres personnes publiques (...) Des règles spéciales aux ports et aux aéroports pourraient offrir aux collectivités et établissements publics responsables la faculté de moduler, dans le cadre de cahiers des charges types, en fonction des caractéristiques du domaine, des circonstances économiques et de la nature des activités à accueillir, le statut juridique des ouvrages réalisés par les titulaires d'autorisations d'occupation, notamment en ce qui concerne la constitution de sûretés réelles propres à faciliter le financement de leurs investissements, sans toutefois que la stabilité ainsi conférée à la situation desdits ouvrages puisse faire échec aux adaptations commandées par l'intérêt général en ce qui concerne l'affectation du domaine. Y concluye: un projet de loi pourrait être élaboré. Naturalmente, se trata de una sugerencia puesto que la Section constata que en l'état de la jurisprudence, la totalité des terrains compris dans l'emprise d'une concession et aménagés à ce titre est considérée, qu'elle qu'en soient les diverses affectations, comme participant de l'organisation d'ensemble que forme le port ou l'aéroport, affectée à ce titre à l'objet d'utilité générale qui a déterminé la concession et donc incorporée au domaine public de la collectivité concédante.

(48) Cfr. «Colloque», cit., 15 y ss.

(49) Dos notables ejemplos se encuentran en los relatos de ESPER y ALLINE en «Colloque», cit., 30 y ss.; el primero se refiere a la construcción y explotación de un complejo hospitalario y de asilo de ancianos, mientras que el segundo lo hace a la explotación y construcción de las redes del Metro de París. En materia portuaria se han planteado también dificultades serias; vid. A. FOURNIER y H. JACQUOT, *Un nouveau statut pour les occupants du domaine public*, «AJDA», 1994, 760.

(50) Ello es un lugar común en los autores y la conclusión del Informe de la *Section du Rapport et des Études* del Consejo de Estado. En la misma línea, M. QUERRIEN, «Colloque», cit., 121.

vención se ha producido ya alterando una regla tradicional y muy asentada: la imposibilidad de constituir derechos reales sobre el dominio público ha sido sustituida por el criterio justamente inverso. Solución que no puede ser contemplada de forma aislada; antes al contrario, se inserta en el contexto al que he hecho referencia y en él se explica como un elemento más del mismo aunque, eso sí, muy destacado.

III. LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR: ADMISIBILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO

1. *Planteamiento de la cuestión*

Uno de los principios más asentados en el régimen de la ocupación privativa de los bienes demaniales en Francia es el de la precariedad en que se encuentra el ocupante. Ello se predica tanto de los actos administrativos unilaterales que autorizan para una ocupación conforme o compatible con la afectación del bien (51), como de los títulos concesionales, de naturaleza contractual (52). Es cierto que la dinámica de la precariedad no es la misma en las concesiones que en los actos unilaterales (53), pero en términos generales también aquéllas sitúan a su titular en una posición precarial a pesar de la mayor estabilidad en que se encuentra el ocupante amparado por un título concesional. Se trata de una regla asentada que encuentra reflejo normativo en el párrafo segundo del artículo L. 50 CDE, en el que se habla de la *précarité inhérente aux occupations du domaine public* (54) y

(51) Vid. DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 286 y ss.; AUBY y BON, *op. cit.*, 121 y ss.; GODFRIN, *op. cit.*, 116 y ss.; DUFAC, *op. cit.*, 519 y ss. Según el artículo A. 26 CDE, *l'autorisation d'occupation temporaire du domaine public est toujours accordée à titre précaire et révocable, sans indemnité, à la première réquisition de l'administration*. Preciso que las autorizaciones unilaterales de ocupación del dominio público suelen subdividirse en *permission de voirie* y *permission de stationnement*, distinción que apela a la modificación o no de la superficie demanial objeto de la ocupación autorizada pero que a los efectos que nos interesan ahora carece de relieve; sobre la misma, por todos, DUFAC, *op. cit.*, 482 y ss.

(52) Naturaleza sobre la que es clásico el estudio de J. M. AUBY, *Les contrats comportant occupation du domaine public*, «Rec. Dalloz», 1953, chr. 99 y ss. Desde un Decreto-ley de 17 de junio de 1938 cuyo texto recoge el artículo L. 84 CDE (*les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'État, les établissements publics et leur concessionnaires, sont portés en premier resort devant le tribunal administratif*), la naturaleza contractual de las concesiones demaniales es unánimemente reconocida. Cfr., especialmente, A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE y P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, París, «LGDJ», 1983 (2.^a ed.), vol. I, 134-135, 323 y ss.

(53) Puesto que la regla en las concesiones demaniales es la de indemnizar a su titular cuando se produce su revocación, salvo que ésta traiga causa en una medida de carácter general. Por otra parte, existen concesiones refractarias al precario, pero no voy a detenerme ahora en el régimen de la precariedad en el Derecho francés, lleno de matices; me remito a lo que expongo sobre el particular en la monografía a la que aludo en la nota 1.

(54) El precepto señala que, en virtud de Decreto, se fijarán las condiciones de los contratos de utilización complementaria de bienes estatales afectados al servicio público, siempre que esta afectación no perezca o sea obstaculizada, pudiendo excluirse por estipulación expresa la precariedad inherente a las ocupaciones del dominio público. No obstante, esta vía permanece inédita puesto que hasta la fecha el referido Decreto no ha sido dictado.

que se explica, en última instancia, en que el interés general al que el dominio público sirve no puede verse obstaculizado por la existencia de un título habilitante de una ocupación privativa.

Pero regla que algunos problemas prácticos ha suscitado desde el punto de vista de la explotación del dominio público. Entendido éste como fuente de riqueza colectiva y como sede de actividades de interés general, la perspectiva puramente policial de las utilizaciones privativas ha quedado desbordada y sustituida por otra que asume que los ocupantes del dominio público contribuyen a la satisfacción del interés general merced a la más óptima explotación de aquél (55). Contribución pretendida que puede encontrar algún obstáculo en la precariedad de los títulos de ocupación puesto que su inherente falta de estabilidad dificulta notablemente que un cálculo de la rentabilidad de la explotación del dominio público pueda realizarse, con lo que, como es lógico, los particulares llamados a ella pueden retraerse ante las dificultades que de ahí derivan (56). Es cierto que tales consecuencias pueden quedar paliadas si la eventual revocación del título a precario viene acompañada de una indemnización (57), pero la problemática que tan sumariamente he expuesto está hoy en el centro mismo de las reflexiones sobre el régimen demanial, máxime a la vista de la extensión de las dependencias a las que se aplica en virtud de lo indicado más atrás.

Junto al aspecto señalado, otro es de considerar en este momento. En el Derecho francés rige la regla de la interdicción de la constitución de derechos reales sobre el dominio público, aunque parece abrirse algún camino a la admisión de servidumbres (58). Pero, fuera de ello, el criterio tradi-

(55) Son paradigmáticas en este sentido las conclusiones de CHENOT a C.E., 5 de junio de 1944, *Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale*, «D.», 1944, 164: *le domaine public n'est plus seulement un objet de la police administrative, c'est l'assiette d'un nombre toujours croissant de services d'intérêt général, et c'est un bien dont l'Administration doit assurer dans l'intérêt collectif la meilleure exploitation (...) Lorsque l'Administration délivre une autorisation de voirie, elle n'a pas seulement le devoir d'en contrôler l'usage selon l'intérêt du domaine, elle a le droit d'orienter l'action du permissionnaire vers la satisfaction des intérêts généraux*. Vid. DENOYER, *op. cit.*, 70-72.

(56) Dice DENOYER en 115, por nota: *il s'agit là d'un problème très grave, car la rentabilité d'une exploitation est fonction de la durée d'usage des équipements réalisés en vue de cette exploitation. Aucun calcul économique n'est possible si cette durée est incertaine*.

(57) En este sentido, es destacable lo que dispone el artículo 35.II de la Ley de 7 de junio de 1977, derogado por la Ley de 25 de julio de 1994, a la que luego me referiré: *en cas de retrait avant le temps prévu d'une autorisation temporaire accordée sur une dépendance du domaine public de l'Etat, les droits des créanciers régulièrement inscrits à la date du retrait sur les constructions et installations édifiées par le bénéficiaire sont reportés sur l'indemnité éventuelle due à celui-ci dans les mêmes conditions et sous les mêmes réserves qu'en matière d'expropriation*. Se trata, no obstante, de una previsión que nunca se ha aplicado.

(58) Tradicionalmente, y al margen de excepciones en virtud de texto, se ha considerado contraria a la inalienabilidad la constitución de servidumbres sobre el dominio público, admitiéndose solamente aquellas que preexisten a la incorporación del bien al dominio público y siempre que sean compatibles con la afectación. Hoy, la doctrina se pregunta por la justificación del mantenimiento del criterio tradicional siempre y cuando la afectación no perezca; cfr. DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, vol. II, 252-253; GODFRIN, *op. cit.*, 162; BRARD, *op. cit.*, 108; H. SIMONIAN-GINESTE, *L'avenir du principe de l'inaliénabilité du domaine public*, «Rev. Dr. Inm.», 1989, 176; GAUDEMET, *La superposition*, cit., 298 y ss.; *Les constructions*, cit., 152-153. Un completo y actualizado estudio en P. SABLIERE, *Les servitudes sur le domaine public*, «CJEG», 1991, 149 y ss.

cional es que sobre el dominio público no puede constituirse un derecho real porque en otro caso, se dice, se estaría permitiendo una desmembración del derecho de propiedad y, con ella, una alienación parcial del dominio público (59). Ahora bien, con ello se desemboca en una situación que es descrita así por la *Section du Rapport et des Études* del Consejo de Estado: *le régime de la dominialité publique, qui ne permet pas de conférer au cocontractant un droit réel immobilier, peut, dans certains cas, compliquer le financement des investissements escomptés par la collectivité publique de son cocontractant et, finalement, risquer de se retourner contre elle* (60). Situación frente a la que el Consejo de Estado, en función consultiva y no jurisdiccional, ha llamado a la búsqueda de soluciones flexibilizadoras (61).

2. *La decisión Association Eurolat-Crédit Foncier de France, de 6 de mayo de 1985*

Tanto la precariedad como la interdicción de la constitución de derechos reales sobre el dominio público han sido enfatizadas no hace mucho por el Consejo de Estado, ahora en su condición de tribunal administrativo, en la importante decisión *Association Eurolat-Crédit Foncier de France*, de 6 de mayo de 1985 (62). En ella se declaran incompatibles con los principios de la demanialidad las cláusulas de un contrato por el cual un ente local (63) confió a la asociación Eurolat la creación y gestión de una casa de alojamiento para ancianos sobre un terreno del que la citada asociación pasó a disponer en virtud de un *bail emphytéotique*. Esto es, en virtud de un contrato recuperado normativamente de la historia por la Ley de 25 de junio de 1902 y regulado en los artículos 451-1 a 13 del *Code rural*. Conforme a él, el enfiteuta, que es titular de un derecho real inmobiliario, dispone del dominio de los terrenos durante un período no inferior a dieciocho

(59) Cfr. GODFRIN, *op. cit.*, 159; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 249; DUFAY, *op. cit.*, 245; SIMONIAN-GINESTE, *op. cit.*, 174; CHAPUS, *op. cit.*, 348; AUBY y BON, *op. cit.*, 155; O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *Domaine public et droits réels (Commentaire de la loi n.º 94-631 du 25 juillet 1994 et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public)*, «La Semaine Juridique», 1995, 1, 7.

(60) *Réflexions*, cit., 17-18.

(61) En el ya citado *Avis* de 13 de junio de 1989, de la *Section des Travaux Publics du Conseil d'État*, relativo a los dominios portuario y aeroportuario, se postula la modulación de *le statut juridique des ouvrages réalisés par les titulaires d'autorisations d'occupation, notamment en ce qui concerne la constitution de sûretés réelles propres à faciliter le financement de leurs investissements, sans toutefois que la stabilité ainsi conférée à la situation desdits ouvrages puisse faire échec aux adaptations commandées par l'intérêt général en ce qui concerne l'affectation du domaine*.

(62) Puede verse en «AJDA», 1985, 620, con un comentario de E. FATOME y J. MOREAU.

(63) Concretamente un *syndicat intercommunal*, clase de entes cuya existencia se autoriza en 1890 y que son establecimientos públicos en el marco de los cuales las entidades locales se asocian para realización de actividades de diverso tipo, pudiendo ser de objeto único (la gestión de un servicio o la construcción de una obra pública) o de los llamados de vocación múltiple, encargados de diversas misiones y admitidos desde 1959. Vid. CHAPUS, *op. cit.*, vol. I, 250-251; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, vol. I (12.ª ed.), 191 y ss.

años ni superior a noventa y nueve, susceptible de renovación expresa, ejerciendo sobre ellos un derecho poco menos que absoluto a cambio de una reducida contraprestación y explotando el bien con gran libertad. En su acepción civil, este contrato es considerado como una suerte de enajenación inmobiliaria, pudiendo el enfiteuta transferir su derecho real que, asimismo, puede ser objeto de embargo por sus acreedores toda vez que es susceptible de hipoteca (64). En el caso citado, y como contrapartida, la asociación Eurolat puso a disposición del ente local un determinado número de camas para los ancianos que aquél le designara, quedando el segundo asociado a la gestión del establecimiento.

En otras palabras, para la gestión de una actividad propia de un ente público, se acudió a un mecanismo previsto para las relaciones entre privados constituyéndose sobre el bien cedido un derecho real en favor de una asociación particular. Naturalmente, ello pugnaba con la interdicción de la constitución de derechos reales sobre el dominio público (65) y, dada la duración del *bail emphytéotique* y las garantías de estabilidad que éste asegura al enfiteuta, con la precariedad de las ocupaciones privativas. Y es justamente a esta conclusión a la que llega el Consejo de Estado en la decisión *Eurolat* en unos términos verdaderamente rotundos (66). Seguramente no cabía otro fallo a la vista del derecho existente en 1985, pero esta solemne reafirmación de los principios de la demanialidad tuvo la virtud de activar los mecanismos aptos para modificar la situación, mecanismos que no son otros que aquellos de los que el legislador dispone, quien optó al fin por una directa intervención, tantas veces auspiciada.

(64) Sobre la configuración histórica y actual del *bail emphytéotique* en el Derecho civil, vid. M. PLANIOL y G. RIPERT, *Droit civil français*, vol. III, París, LGDJ, 1952 (2.^a ed.), 985 y ss.; G. MARTY y P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, París, Sirey, 1980 (2.^a ed.), 230-231; A. WEILL, F. TERRÉ y Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, París, Dalloz, 1985 (3.^a ed.), 807 y ss.; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, vol. II, París, Economica, 1985, 427 y ss.; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, París, Montchrestien, 1993, 146 y ss.

(65) Conviene precisar que la demanialidad de los terrenos en cuestión no parecía del todo clara aunque, en cualquier caso, los mismos estaban destinados a ingresar prontamente en el dominio público habida cuenta de su afectación a un servicio público y su próxima adaptación especial; sobre este extremo, FATOME y MOREAU, *op. cit.*, 622.

(66) *Considérant qu'il ressort des clauses des conventions ainsi intervenues, d'une part, que l'association Eurolat se voyait conférer un droit réel sur un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet, et, d'autre part, que ladite association était autorisée à céder librement son 'droit au bail' à toute personne de son choix que le syndicat s'engageait par avance à agréer et que lui succéderait de ce fait dans la gestion du service sans autre formalité qu'une consultation préalable au syndicat; qu'enfin l'une de ces clauses interdisait la résiliation du bail avant le remboursement complet du prêt accordé par le Crédit foncier de France, sauf accord de cet établissement bancaire, auquel devait être consentie par l'association une hypothèque sur les immeubles qu'elle devait constuir, et alors même que ledit établissement aurait refusé de se substituer pour la gestion du service à l'exploitant défaillant; que ces clauses, incompatibles avec les principes de la dominiailté publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles.*

3. *El artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988.*

El asunto S.A. SOFAP-Marignan Immobilier, de 25 de febrero de 1994

En efecto, con motivo de la elaboración de la que resultaría ser Ley 88-13, de 5 de enero, *d'amélioration de la décentralisation*, se introdujo en el Senado la posibilidad de que las corporaciones locales pudieran constituer *baux emphytéotiques* sobre sus bienes patrimoniales y demaniales (67), posibilidad que se plasmó en el artículo 13 de la citada norma, que, en lo más significativo, prevé lo siguiente (68):

i) Tras proclamar la inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio público de las corporaciones locales (69) y reiterar la regla de que las ocupaciones sobre el mismo no confieren derechos reales (70), se establece una excepción a la misma con invocación del artículo 451-I del *Code rural*, que es donde se regula el aludido *bail emphytéotique*, denominación ésta que el legislador conserva.

(67) Y no sólo las colectividades territoriales, sino también sus establecimientos públicos, extremo que confirma la tesis, tempranamente defendida por WALINE (*Les mutations*, cit., 65 y ss.), de la admisibilidad de un dominio público de este tipo de entes, carente de respaldo jurisprudencial hasta fechas relativamente recientes. Vid. F. MODERNE, *Les établissements publics peuvent-ils disposer d'un domaine public propre?*, «RA», 1982, 36 y ss. Con posterioridad al trabajo de este autor, que es un comentario a C.E. 6 de febrero de 1981, *Epp*, vid. el de Y. GAUDEMET al asunto *Guy Mansuy*, de 21 de marzo de 1984, en «RDP», 1984, 1059 y ss., así como C.E., 23 de junio de 1986, *Thomas*, «AJDA», 1986, 589, y C.E., 25 de marzo de 1988, *Consorts Denereau*, «DA», 1988, núm. 242. Hoy no se discute que los establecimientos públicos puedan ser titulares de bienes demaniales, pero no faltan autores que expresan sus dudas acerca de la conveniencia de la extensión de tal solución a los de naturaleza comercial e industrial, como ha hecho la jurisprudencia; cfr. P. SABLIERE, *Les établissements publics industriels et commerciaux doivent-ils être propriétaires d'un domaine public?*, «CJEG», 1984, 258 y ss.; AUBY y BON, *op. cit.*, 69-70; y la nota de J. DELPIROU a T.A. de Limoges, 23 de julio de 1992, *SNC d'Aboville cf. Consorts Renault et EDF*, «CJEG», 1992, 502.

A la misma conclusión que la señalada en orden a la admisibilidad de que los establecimientos públicos de cualquier naturaleza sean titulares de bienes demaniales se llega con la Ley de 25 de julio de 1994, comentada más adelante. La cuestión, pues, parece definitivamente zanjada.

(68) Sobre el precepto, vid. Ch. LAVIALLE, *L'article 13 de la Loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la dominité publique*, «CJEG», 1988, 163 y ss.; se trata sin duda del trabajo más completo publicado sobre dicha innovación legal, aunque sobre la misma pueden también consultarse SIMONIAN-GINESTE, *op. cit.*, 175; DUFAY, *op. cit.*, 252-253; BRARD, *op. cit.*, 86; GODFRIN, *op. cit.*, 138-140; DE LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. cit.*, 249-251; AUBY y BON, *op. cit.*, 142-143. Son asimismo de gran interés las intervenciones habidas en la sesión dedicada al tema en el Coloquio de París de 1990, 67 y ss.

(69) Señala LAVIALLE (*op. ult. cit.*, 165) que dicha proclamación puede sorprender por su innecesariedad, pero que se explica en que, estando reconocidas la imprescriptibilidad y la inalienabilidad en el artículo L. 52 CDE, para el dominio local su único fundamento era jurisprudencial. Sin embargo, dice este autor, *le législateur n'a, semble-t-il, confirmé l'inalienabilité et l'imprescriptibilité du domaine public local que par mieux pouvoir y déroger*.

(70) Ello supone, a juicio de FATOME, la reafirmación del principio sentado en el asunto *Eurolat*, que el legislador no habría deseado eliminar sino simplemente exceptuar; «Colloque», 74.

ii) Tanto sobre el dominio público inmobiliario como sobre el patrimonio privado se admite la conclusión, en favor de una persona privada (71), de un *bail emphytéotique* para el cumplimiento de una misión de servicio público o para la realización de una operación de interés general de competencia local, si bien quedan excluidas del sistema las dependencias sujetas al régimen de la *contravention de voirie*, motivo por el cual numerosos inmuebles demaniales escapan al régimen que el artículo 13 instaura (72).

iii) La duración de los contratos que el precepto prevé, al igual que la de sus homónimos del *Code rural*, no será inferior a dieciocho años ni superior a noventa y nueve, estando, no obstante, sujetos a una serie de condiciones particulares. Así, se admite la cesión, con ciertos requisitos, de los derechos resultantes del contrato (73); se reconoce que el derecho real conferido al enfiteuta y las obras de las que es dueño son susceptibles de hipoteca en garantía de los créditos contraídos para la financiación de las obras ubicadas sobre el bien o su mejora, aunque es precisa la aprobación de la colectividad titular del mismo; en todo caso, el ente público puede rescindir o modificar el contrato asumiendo las cargas del enfiteuta frente a sus acreedores, quienes podrán ejercer medidas conservativas o de ejecución sobre los derechos resultantes del contrato (74). Por último, se precisa que los litigios relativos a los contratos a los que el artículo 13 se refiere deberán ser conocidos por los tribunales administrativos, lo que resulta determinante para la calificación jurídica de aquéllos como contratos administrativos propiamente dichos (75).

En definitiva, se instaura un nuevo régimen de ocupación del dominio público local que se aparta de los cánones tradicionales; y se hace mediante ley, único vehículo capaz de contrarrestar eficazmente la solidez de los planteamientos jurisprudenciales (76). Ahora bien, no se piense que se han

(71) Esta limitación subjetiva del enfiteuta ha sido objeto de ciertas críticas; vid. FOUSSARD, «Colloque», cit., 76.

(72) GODFRIN, *op. cit.*, 139: *l'exclusion des dépendances soumises aux contraventions de voirie est importante: le domaine public routier, bien des éléments des domaines publics maritime, fluvial, portuaire et aéroportuaire sont visés.*

(73) Se exige aquiescencia del titular del bien, que el cesionario se subroge en los derechos y obligaciones del enfiteuta y en los acuerdos no disociables del contrato concluidos para la ejecución del servicio público o para la realización de la operación de interés general.

(74) Señala LAVIALLE (*op. ult. cit.*, 169) que *le caractère de service public ou d'intérêt général de l'activité explique ce droit d'intervention des personnes publiques destiné à éviter une interruption de celle-ci à la suite par exemple d'une saisie demandée par le créancier hypothécaire.*

(75) Recuérdesse que el artículo 13 se refiere tanto a bienes demaniales como a, utilizando nuestra terminología, bienes patrimoniales; *la loi donc unifie opportunément leur contentieux*, dice al respecto LAVIALLE, *op. ult. cit.*, 168.

(76) Se ha afirmado que a través del artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988 el legislador, por vez primera, ha contrariado directamente a la jurisprudencia del Consejo de Estado (así, LATOURNERIE, «Colloque», 18), aunque esta constatación no parece ser otra cosa que justamente eso y no una crítica, toda vez que en el *Réflexions*, cit., 18-19, el propio Consejo de Estado no dudó en apelar de manera decidida a la intervención del legislador.

vampirizado mecánicamente las técnicas iusprivatistas. Antes al contrario, como se puso de manifiesto en el Coloquio de París de 1990, el *bail emphytéotique* regulado en el artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988 difiere en puntos importantes del previsto en el ordenamiento privado (77). Ahí está, por ejemplo, la intervención pública autorizante de la cesión de los derechos resultantes del mismo o de la hipoteca constituida sobre el derecho real. Son diferencias ciertamente importantes pero que no pueden hacer olvidar que estamos ante una solución legislativa que rompe con alguno de los dogmas más asentados del régimen jurídico del dominio público y que, por eso mismo, debe ser valorada en estos términos. Es decir, por comparación a lo que existía en materia demanial y no por comparación a lo conocido en el campo de las relaciones entre particulares.

El artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988 dejó, no obstante, algunas cuestiones sin resolver; concretamente la de si, en su condición de contrato administrativo, el *bail emphytéotique* en él regulado podía o no ser objeto de rescisión unilateral por parte de la Administración conforme a la teoría general de los contratos administrativos y, en particular, de los que permiten la ocupación del dominio público (78). Así, poco después de la publicación de la Ley, LAVIALLE sostuvo que el legislador pretendía derogar ciertas reglas del derecho público de los bienes en beneficio de las del derecho privado, de manera que el juez debería aplicar las propias de la enfiteusis civil en lo que no vinieren afectadas por la nueva norma. La solución contraria, dijo este autor, *aurait pur effet de vider la réforme de son contenu puisqu'elle ferait notamment resurgir, avec le droit de résiliation unilatérale, la précarité de l'occupation*, argumento que LAVIALLE apuntala con el rechazo expresado durante la tramitación parlamentaria de la Ley a una enmienda proclive a la consagración de la prerrogativa de rescisión unilateral en este contrato de nuevo cuño (79).

Los participantes en el Coloquio de París pusieron de nuevo sobre el tapete el mismo tema, lo que demuestra que algún interés suscitaba. J. B. AUBY se pronunció en favor de la existencia de dicha prerrogativa dada la condición de administrativo de este contrato, mientras que FOUSSARD, recordando también los trabajos parlamentarios, sostuvo lo contrario (80). El debate, pues, no estaba cerrado sobre este extremo, al menos en el plano teórico, y ninguna duda cabe de que su propia existencia se debía a una regulación del *bail emphytéotique* sobre los bienes públicos que no pretendía ni romper decididamente con los cánones de la demanialidad ni traer en acarreo literal las disposiciones del Derecho civil, sino buscar, posiblemente, un equilibrio tan difícil como comprensible pero, a la vez, generador de ciertas incertidumbres (81).

(77) Vid. en «Colloque», cit., las intervenciones de J. B. AUBY, 71, y de BOSGIRAUD, 73 (*j'ai l'impression que ce bail emphytéotique de l'article 13 ressemble au bail emphytéotique du Code rural comme un Picasso ressemble à un Botticelli*).

(78) Sobre el régimen tradicional en este punto, DE LAUBADÈRE, MODERNE y DELVOLLE, *op. cit.*, vol. II, 654 y ss.

(79) LAVIALLE, *op. ult. cit.*, 168.

(80) Vid. las intervenciones de J. B. AUBY y FOUSSARD, en «Colloque», cit., 72 y 77.

(81) A juicio de BOSGIRAUD y FOUSSARD («Colloque», cit., 72, 75-76), ahí se encontraría

La solución quedaba así en manos de la interpretación jurisprudencial del nuevo mecanismo, habiéndose producido hasta el momento presente una única decisión del Consejo de Estado que ha servido para clarificar algunos de los extremos que la regulación legal dejó en la penumbra. Se trata del *arrêt S.A. SOFAP-Marignan Immobilier*, de 25 de febrero de 1994, relativo al contrato suscrito entre la ciudad de Lille y una empresa privada en virtud del cual la primera cedía a la segunda, durante un período de sesenta y cinco años, y a cambio de una importante suma, un terreno de 6.500 metros cuadrados con la carga de construir sobre él unas instalaciones destinadas a dependencias municipales en el marco de una más amplia operación constructiva, puesto que en el complejo inmobiliario habrían de existir también locales privados que el enfiteuta explotaría libremente. La colectividad local adquiriría la propiedad sobre las edificaciones al finalizar el contrato, pudiendo utilizar mientras tanto las que le fueran necesarias mediante el pago de un alquiler. El contrato fue anulado por el Tribunal Administrativo de Lille porque, en lo que nos interesa, consideró que no se trataba de un *bail emphytéotique* subsumible en el artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988, sino de un contrato de obra pública. En cambio, el Consejo de Estado, siguiendo las conclusiones del Comisario ARRIGHI DE CASANOVA (82), sostuvo exactamente la tesis contraria, afirmando que:

i) El artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988 admite la posibilidad de que una colectividad local consienta un *bail emphytéotique* con vistas a la realización de una obra sobre la que en su día adquirirá la propiedad.

ii) Las cláusulas financieras del *bail emphytéotique* suscrito por la ciudad de Lille no desnaturalizan su carácter de tal.

iii) Si bien en el caso la corporación local se reserva el derecho de rescisión unilateral del contrato, exorbitante del régimen común, tal prerrogativa puede insertarse en un contrato concluido conforme al artículo 13 sin que pierda su condición de *bail emphytéotique* (83).

iv) No ostentando la ciudad de Lille facultad alguna sobre la ejecución de las construcciones y no deviniendo propietaria de las mismas sino hasta el fin del contrato, la operación, a pesar de que una parte de las edificaciones sirvan a necesidades municipales, no tiene el carácter de obra pública.

De esta manera, el Consejo de Estado ha venido a precisar algunos extremos del régimen legal, reconociendo a las partes contratantes una cierta

la explicación del escaso uso que las entidades locales han hecho de la posibilidad que el repetido artículo 13 les confiere. Otros autores, en cambio, explican tal circunstancia en el limitado campo de aplicación del contrato merced a la exclusión de los bienes sujetos al régimen de la *contravention de la grande voirie*; en este sentido, LAVIALLE, *La constitution de droit réels*, cit., 1107; FOUNIER y JACQUOT, *op. cit.*, 762.

(82) Tanto la decisión citada como las conclusiones de ARRIGHI pueden consultarse en «RFDA», 1994, 10, 510 y ss.

(83) LAVIALLE (*La constitution de droit réels*, cit., 1112-1113) considera dicho argumento en cierta medida *contra legem*.

libertad, como lo demuestran lo concerniente a la introducción del poder de rescisión unilateral y al abono por parte del enfiteuta de una importante cantidad de dinero, en contraste con el módico canon generalmente reconocido en el *bail emphytéotique* de Derecho común. Ahora bien, esa cierta libertad no se estima ausente de condicionamientos tendentes a evitar la desnaturalización en la práctica de este tipo de contratos. En efecto, como he señalado, el Tribunal Administrativo de Lille consideró que el concluido era realmente un contrato de obra pública, contrato sujeto a una serie de requisitos de ineludible observancia. Pues bien, no podría una entidad local pretender utilizar la técnica del *bail emphytéotique*, que le facilita las cosas, y condicionando sustancialmente la actividad constructiva del enfiteuta, sustraerse a las exigencias propias del contrato de obra pública que de este modo quedarían burladas (84).

4. *Derechos reales sobre el dominio público estatal: la Ley de 25 de julio de 1994*

A la vista del artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988, la doctrina pronto predijo la futura extensión del sistema al dominio público estatal (85), obediente éste mientras tanto a las reglas tradicionales de la demanialidad, como en un *avis* de 22 de junio de 1993 tuvo oportunidad de recordar el Consejo de Estado (86). Pues bien, el «Journel Officiel de la République Française» de 26 de julio de 1994 publica la Ley 94-631, de 25 de julio de 1994, por la que se introduce en el capítulo I del Título II del Libro II CDE una Sección 3.^a, integrada por el artículo L. 34 1-9 y titulada justamente *occupations constitutives de droits réels*. La norma insta para el dominio público estatal una solución no similar a la ensayada en el ámbito local pero que, en lo que a la alteración de las reglas clásicas de la demanialidad se refiere, tiene el mismo calado institucional. Empero, la introducción de un régimen diferente de ocupación entre el dominio público local y el estatal ha provocado la ruptura de la unidad del régimen demanial (87), quiebra sin duda acrecentada por el hecho de que, a su vez, la nueva norma no se aplica al dominio público natural, noción ésta que expresamente

(84) Cfr. M. LOMBARD en su comentario al asunto S.A. SOFAP-Marignan Immobilier et autres, «D.», 1994, 539.

(85) Así, LAVIALLE, *L'article 13*, cit., 170; CHAPUS, *op. cit.*, 418.

(86) Ante la cuestión de si un inmueble propiedad de un establecimiento público estatal podía ser objeto de un *bail emphytéotique* o de un *bail à construction*, responde el Consejo de Estado que *les principes de la dominiatité publique s'opposeraient à ce que de tels biens soient grevés de droits réels immobiliers*. Tomo la referencia de la pág. 185 del estudio de M. LOMBARD que se cita en nota 89.

(87) En un trabajo publicado poco antes de la Ley de 25 de julio de 1994, LAVIALLE enfatiza que la diversidad de regímenes demaniales no empece a una unidad de principio, ni siquiera rota por el artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988, ya comentado aquí (vid. *Du domaine public comme fiction juridique*, cit., 262-263). A la vista del nuevo texto, el autor ha de reconocer la coexistencia de sistemas y la destrucción de aquella unidad (*La constitution*, cit., 1111).

se menciona, que pasa al CDE y, con ello, a ocupar un puesto importante en el acervo conceptual asumido por el legislador (88).

La Ley de 25 de julio de 1994, prontamente atendida por la doctrina (89), contiene una regulación de la que, sintéticamente, pueden destacarse los siguientes extremos, no sin advertir que su suerte está vinculada a lo que dispongan los oportunos *décrets en Conseil d'État* llamados a fijar las condiciones de su aplicación y que se considera que esta norma no es sino un peldaño más hacia la futura redacción de un nuevo código de las propiedades públicas:

a) El ocupante del dominio público, séalo en virtud de autorización o de título concesional (90), ostenta un derecho real, calificado por los autores como de naturaleza administrativa (91), sobre las obras, construcciones e instalaciones inmobiliarias vinculadas con la actividad amparada por el título salvo prescripción en contrario de éste. Se aprecia aquí un cierto automatismo puesto que, silente el título sobre el conferimiento del derecho real, se entiende que el ocupante se beneficia de él (92); cierto automa-

(88) Artículo L. 34-9. Señala LAVIALLE (*La constitution*, cit., 1110) que el legislador ha acabado por consagrar la distinción entre dominio público natural y artificial, hasta entonces básicamente doctrinal y que este autor critica porque, dice, el dominio público no es natural más que en el discurso jurídico; son naturales los elementos (playas, ríos, etc.), pero no el régimen que les es aplicable puesto que responde a una decisión del legislador. Ch. LAVIALLE había desarrollado con anterioridad esta idea en un trabajo importante y sugestivo: *Existe-t-il un domaine public naturel?*, cit., cuya tesis central acepta GODFRIN, *op. cit.*, 27 (*l'appartenance d'un bien au domaine opublic-naturel résulte uniquement de la volonté expresse du législateur, car il n'y a pas de domaine public par nature*), autor que ya había hablado desde las primeras ediciones de su *Droit administratif des biens* de la equivocidad de la distinción entre dominio natural y artificial y de su escaso valor científico, a pesar de su indudable arraigo. Vid. también, sobre el artículo L. 34-9 y la mención en él contenida al dominio público natural, FOURNIER y JACQUOT, *op. cit.*, 765; DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *op. cit.*, 4.

Antes del artículo L. 34-9 CDE, el párrafo cuarto del artículo 29 de la Ley 86-2, de 3 de enero de 1986, relativa a *l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral*, había hablado de la existencia de un dominio público marítimo o fluvial natural o artificial, pero es con el precepto citado cuando la expresión de dominio público natural alcanza definitivamente consagración legal.

(89) Existen ya varios trabajos en los que el lector interesado podrá encontrar información complementaria y de primera mano. Tres han sido ya citados, siendo muy completo el de FOURNIER y JACQUOT, más breve el de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER y de consulta obligada el de LAVIALLE. Además de ellos, M. LOMBARD, *La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques*, «Act. Lég. Dalloz», 1994, 183 y ss.; E. FATOME y Ph. TERNEYRE, *La loi du 25 juillet 1994: observations complémentaires*, «AJDA», 1994, 780 y ss.

(90) Aunque el artículo L. 34-1 habla de los titulares de una autorización de ocupación temporal del dominio público, el régimen se extiende también a los títulos de ocupación contractuales, como expresamente dispone el artículo L. 34-5: *les dispositions de la présente section sont également applicables aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public*.

(91) FATOME y TERNEYRE, *op. cit.*, 785; DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *op. cit.*, 2. Sobre el concepto de derecho real administrativo, proveniente de HAURIU, vid. en la moderna literatura DENOYER, *op. cit.*, 103 y ss.

(92) Cfr. DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *op. cit.*, 2. Existe, no obstante, un supuesto en el que se precisa la mención expresa para que el ocupante del dominio público ostente el citado derecho real; cuando, dice el artículo L. 34-4, las obras, construcciones e instalacio-

tismo del que ya se ha dicho que no se compadece bien con la lógica de la decisión del Consejo Constitucional que enjuició la Ley, que debiera dar lugar a la solución inversa, esto es, al mantenimiento de la regla prohibitiva de la constitución de derechos reales sobre el dominio público con la posibilidad de derogarla por prescripción contraria contenida en el título de ocupación (93).

b) El derecho real confiere a su titular por el tiempo de duración de la autorización o concesión, nunca superior a setenta años (94), las prerrogativas y obligaciones del propietario. Se trata, se ha dicho, de una suerte de propiedad administrativa limitada en el tiempo (95) y en cuya virtud el ocupante está habilitado para ceder, transmitir e hipotecar los derechos (96), obras, construcciones e instalaciones de naturaleza inmobiliaria, precisándose el acuerdo previo de la Administración para las dos primeras actividades (97) pero no para la constitución de hipotecas; no obstante, para éstas se impone un límite material en el tercer párrafo del artículo L. 34-2: *les droits, ouvrages, constructions et installations ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés par le titulaire de l'autorisation en vue de financer la réalisation, la modification ou l'extension des ouvrages, constructions, et installations de caractère immobilière situés sur la dépendance domaniale occupé* (98).

nes sean necesarias para la continuidad del servicio público. Señala al respecto LOMBARD (*op. cit.*, 185) que las dificultades derivadas de la caracterización misma de la noción de servicio público y de la determinación de cuándo una obra es o no necesaria a su continuidad harán prudente en la práctica que el título precise expresamente que se confiere un derecho real al ocupante.

(93) LAVIALLE, *La constitution*, cit., 1114. La falta de acomodación de la regulación con la lógica de la decisión del Consejo Constitucional de 21 de julio de 1994 radica para este autor en que, como veremos, el Consejo enfatiza la protección de la afectación demanial, lo que parece exigir un examen individualizado de si la afectación admite o no el conferimiento del derecho real.

(94) Es, en consecuencia, un tiempo menor al máximo previsto para el *bail emphytéotique* admitido sobre los bienes locales. Se considera que es un plazo suficiente para permitir la realización de obras de envergadura sin comprometer los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad (FOURNIER y JACQUOT, *op. cit.*, 771-772), si bien, y como quiera que es el propio título el que determina su duración en función de la naturaleza de la actividad, de las obras autorizadas y de la importancia de éstas, se insiste en que, dado que por obra de la decisión del Consejo Constitucional de 21 de julio de 1994 ha desaparecido la posibilidad de renovación de aquél, *il sera sans doute prudent de conférer dès le départ une durée suffisamment longue au titre d'autorisation d'occupation (...), afin d'éviter toute hésitation ultérieure quant à la possibilité et à la portée d'un renouvellement éventuel de ce titre*.

(95) LAVIALLE, *La constitution*, cit., 1114.

(96) Incluyéndose entre ellos, a juicio de los autores, el propio derecho a ocupar el dominio público; vid. FOURNIER y JACQUOT, *op. cit.*, 770; FATOME y TERNEYRE, *op. cit.*, 784. Con ello, se rompe el principio del carácter estrictamente personal de las dependencias demaniales (DAVID, *op. cit.*, 2), aunque, como señaló DENOYER en su *op. cit.*, 131-133, hace tiempo que se admite la cesión de los derechos reales administrativos.

(97) Acuerdo a través del cual se pretende verificar si la utilización del dominio público por el cesionario o transmisionario es o no compatible con la afectación. Vid. sobre ello las precisiones de FOURNIER y JACQUOT, *op. cit.*, 772-773.

(98) *On retrouve la même contrainte que celle imposée à l'emphytéote*, dice LAVIALLE en *La constitution*, cit., 1116, *et qui se justifie par le souci d'empêcher l'occupant de faire un usage spéculatif de son droit qui ne peut lui servir que dans le cadre de l'activité pour laquelle il a bénéficié de l'autorisation*.

c) Llegado el término del título, la regla es la demolición de todas las obras, construcciones e instalaciones existentes sobre el dominio público, sea directamente por el titular de aquél, sea a sus expensas. Cabe, no obstante, que nada sea demolido si el título de ocupación lo preveía así, adquiriendo el Estado gratuitamente y libres de toda carga las construcciones. Se trata, en suma, de la aplicación de los criterios tradicionales en materia de ocupaciones demaniales y que, en el caso de la adquisición gratuita por el Estado, se considera que constituye la contrapartida al disfrute por el ocupante de un derecho real sobre el dominio público restablecedora del equilibrio entre las dos partes (99).

d) Cabe, asimismo, que la Administración revoque unilateralmente el título antes de la expiración del plazo en él previsto, bien por el incumplimiento de sus cláusulas y condiciones, bien por otras razones que, lógicamente, han de ser de interés general. En el segundo supuesto se prevé el abono de una indemnización en cuyo montante se incluyen los derechos de los acreedores del ocupante debidamente inscritos a la fecha de la revocación (100), mientras que en el primero nada se indemniza o, al menos, nada prevé la Ley en este sentido. Ahora bien, no por ello los acreedores quedan por completo desatendidos toda vez que el artículo L. 34-3 incorpora en su último párrafo la siguiente previsión: los debidamente inscritos serán informados por la Administración de su decisión de revocar el título por incumplimiento del ocupante y podrán proponer la sustitución de éste por un tercero con la consecuencia de detener el mecanismo revocatorio.

e) Por último, la Ley admite la conclusión de los llamados contratos de *crédit-bail* para la financiación de las obras, instalaciones y construcciones sobre el dominio público, excepción hecha de las afectadas a un servicio público y adaptadas a él, de las afectadas al uso público y de las ejecutadas por una persona pública por razones de interés general. Hasta ahora rechazada en el campo demanial (101), se trata de una técnica en cuya virtud se facilita la financiación de obras sin que el ocupante del dominio público se endeude toda vez que la otra parte contratante, que es la que aporta los recursos económicos, deviene propietaria de la construcción durante el tiempo de duración del contrato. Ninguna autorización es precisa para su conclusión, a menos que el Estado o el establecimiento público titular del dominio aporten medios financieros o detenten directa o indirectamente participaciones en la entidad contratante que les permitan ejercer un poder preponderante de decisión o gestión, pudiendo ser denegada dicha autorización *si l'opération se traduit par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'État*.

(99) LAVIALLE, *La constitution*, cit., 1117.

(100) Vid. sobre ello FOURNIER y JACQUOT, *op. cit.*, 777-778. La referencia a los acreedores al efecto de calcular el montante indemnizatorio recuerda sobremano al artículo 35-II de la Ley de 7 de junio de 1977, que he transcrito en la nota 57, que nunca se ha aplicado y que ha quedado expresamente derogado por el artículo 2 de la de 25 de julio de 1994.

(101) Vid. el avis de la *Section des Travaux Publics* del Consejo de Estado de 30 de marzo de 1990, que transcribe parcialmente DAVID, *op. cit.*, 3, por nota 17.

En apretada síntesis, el precedente es el contenido de la Ley de 25 de julio de 1994, cuyo grado de innovación sobre el régimen tradicional del dominio público es más que notable aun cuando, como he apuntado ya, su efectividad y alcance prácticos estén a la espera de su desarrollo reglamentario (102). Sin recurrir a la fórmula ensayada en el ámbito de los bienes locales, el legislador ha organizado un nuevo sistema de ocupación del dominio público no natural en búsqueda de soluciones a problemas reales repetidamente denunciados. Está por ver, ciertamente, cuál es su destino y si satisface las necesidades a las que pretende responder, si se ha quedado corta o no... La esperada futura codificación de las reglas jurídicas aplicables a los bienes públicos quizá dé respuesta a alguno de los interrogantes que hoy permanecen abiertos, entre otros al de si tiene sentido establecer regímenes diferenciados entre el dominio público estatal y el local o entre el natural y el artificial una vez que se opta por romper con las reglas clásicas. Pero, mientras ello sucede, la importancia de la Ley de 25 de julio de 1994, al igual que la del artículo 13 de la Ley de 5 de enero de 1988, es indudable y marca un notable punto de inflexión, quién sabe si con retorno o no, en la evolución del régimen jurídico de los bienes públicos en Francia.

IV. LA DECISIÓN DEL *CONSEIL CONSTITUTIONNEL* DE 21 DE JULIO DE 1994: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DOMINIO PÚBLICO

No puede darse por concluida esta crónica sin aludir a la importante decisión del Consejo Constitucional 94-346, de 21 de julio, recaída sobre la Ley de 25 de julio de 1994 a raíz de un recurso interpuesto el día 4 anterior por sesenta diputados socialistas. Recurso previo, pues, promovido justo antes de la promulgación de la norma y resuelto con gran celeridad como es costumbre e impone el artículo 61, párrafo tercero, de la Constitución de 1958. El Consejo, adelanto ya, no contradijo ni el espíritu ni, en lo sustancial, la letra del texto que le fue deferido puesto que se limitó a declarar contrario a la Constitución un concreto punto de aquél; ahora bien, la Decisión es importante puesto que en ella el Consejo precisa la dimensión constitucional del dominio público; de ahí su notable calado institucional (103).

Los diputados recurrentes sostuvieron, en primer lugar, que la nueva Ley desconocía el principio de inalienabilidad del dominio público, al que otorgaban el valor de principio fundamental reconocido por las Leyes de la

(102) Desde el punto de vista de su aplicación en el tiempo, la Ley precisa, en su artículo 3, que no afecta a los títulos de ocupación en vigor, aunque sí a aquellos que se renueven o modifiquen. Igualmente, cuando el permisionario o concesionario amplíe o modifique de manera sustancial obras, instalaciones y construcciones existentes, podrá ser beneficiario del otorgamiento de un nuevo título confiriéndole un derecho real sobre ellas siempre que estén amparadas por el título originario.

(103) En los diversos estudios que se han venido citando sobre la Ley de 25 de julio de 1994 se pueden encontrar referencias a la Decisión 94-346, y su texto, junto con el de la Ley, en anexo al de LAVIALLE. Un buen comentario a la misma se debe a G. GONDOUIN, *La décision du Conseil constitutionnel*, «AJDA», 1994, 786 y ss., donde también se incorpora el texto de la Decisión.

República y, en consecuencia, la condición de parámetro de constitucionalidad de las Leyes (104). Más precisamente, solicitaron del Consejo que reconociera al principio de inalienabilidad un valor constitucional resultante de la tradición jurídica francesa y, sobre todo, de la tradición republicana (105), pretensión quizá un poco aventurada dado que, como recuerda LAVIALLE, la inalienabilidad es una regla que se remonta al Antiguo Régimen y que no adquiere valor legislativo hasta que, en 1957, el artículo 52 CDE la incorpora (106). Además, conviene tener en cuenta que, con ocasión de la impugnación de la ley relativa a la libertad de las comunicaciones, el Consejo Constitucional se había mostrado remiso a reconocer al principio de inalienabilidad del dominio público el alcance que los recurrentes ahora pretendían, si bien es verdad que entonces no le fue necesario pronunciarse sobre el particular para resolver la cuestión ante él planteada (107).

Y, en 1994, el Consejo tampoco lo hace puesto que, tras haber señalado que la Ley contiene reglas y garantías destinadas a asegurar el funcionamiento de los servicios públicos y la protección de la propiedad pública conforme a lo que en breve indicaré, precisa que

Si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article 1 de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public; que par suite le grief invoqué manque en fait.

(104) Sobre dichos principios, vid. L. FAVOREU y L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, París, Sirey, 1993 (7.^a ed.), 256 y ss.

(105) Vid. sobre este argumento las interesantes reflexiones de GONDOUIN, *op. cit.*, 789, donde la autora se pregunta si los diputados recurrentes no estaban realmente tratando de hacer valer una suerte de costumbre constitucional antes que un verdadero principio fundamental reconocido por las Leyes de la República. Por otra parte, la tradición republicana no ha sido considerada suficiente por el Consejo Constitucional para sostener que un texto legal es contrario a la Constitución, salvo que se traduzca en un principio fundamental de los de aquella naturaleza; así, el párrafo 11 de la Decisión 88-244, de 28 de julio de 1988 (Ley de Amnistía), que puede consultarse en L. FAVOREU, *Recueil de jurisprudence constitutionnelle. 1959-1993*, París, Litec, 1994, 336, obra de la que tomo el texto de las decisiones que se citan seguidamente excepto, como es lógico, el de la de 21 de julio de 1994.

(106) LAVIALLE, *La constitution*, cit., 1109. A la vista de ello, y teniendo en cuenta que para admitir que un principio es integrante de los fundamentales reconocidos por las Leyes de la República debe derivar de la legislación republicana aprobada antes de la entrada en vigor del Preámbulo de la Constitución de 1946 (FAVOREU y PHILIP, *op. cit.*, 257), parece que las pretensiones de los recurrentes en este punto tenían pocas posibilidades de éxito.

(107) Párrafo 88 de la Decisión 86-217, de 18 de septiembre: *Considérant que, sans qu'il soit besoin de rechercher si le principe d'inaliénabilité du domaine public a valeur constitutionnelle, il suffit d'observer qu'il s'oppose seulement à ce que des biens qui constituent ce domaine soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés et, qu'en l'espèce, le 5 alinéa de l'article 103 de la loi ne prévoit de transfert à la nouvelle société des biens incorporés au domaine public de Télédiffusion de France, qu'après leur déclassement.*

En definitiva, la inalienabilidad del dominio público sigue sin encontrar engarce constitucional y, en consecuencia, la constitución de derechos reales sobre aquél no puede contrastarse constitucionalmente desde este punto de vista (108). Ahora bien, importa destacar que no por ello el legislador está habilitado para organizar de cualquier forma la utilización del dominio público puesto que, si no la inalienabilidad, sí otros valores constitucionales pueden imponerle ciertos límites. Concretamente el de la protección debida a la propiedad pública, que es el que el Consejo invoca para sostener que es contraria a la Constitución la previsión referida a la renovación de los títulos de ocupación con nuevo conferimiento de derechos reales tanto sobre las obras, construcciones e instalaciones existentes como sobre las futuras. Y así, dirá que

Ce renouvellement qui emporte la reconnaissance de droits réels non seulement sur les ouvrages nouveaux à construire mais aussi sur les ouvrages anciennes réhabilités ou modifiés fait alors obstacle à la mise en oeuvre des dispositions susmentionnées, protectrices de la propriété publique, de l'article L. 34-3 qui prescrivent que les ouvrages reviennent de plein droit et gratuitement à l'État à l'issue du titre d'occupation; qu'ainsi exercée après une période aussi longue et selon une procédure qui peut être reiterée sans qu'un terme définitif soit imposé par le législateur à l'exercice de ces droits réels sur le domaine public, une telle faculté est de nature à porter atteinte à la protection due à la propriété publique.

La protección debida a la propiedad pública aparece, de este modo, como parámetro del que el Consejo puede hacer uso para contrastar eficazmente la constitucionalidad de las leyes relativas al dominio público. Ciertamente, las palabras transcritas traen inmediatamente a la mente el principio de inalienabilidad en cuanto que las consecuencias de la previsión legal declarada no conforme a la Constitución bien pueden entenderse prohibidas por dicho principio, pero el Consejo Constitucional prefiere este otro argumento, siguiendo un camino que había comenzado a vislumbrarse a raíz de la importante Decisión 86-207, de 25 y 26 de junio, sobre las privatizaciones. En ésta, el Consejo estimó que la Constitución se opone a que bienes o empresas públicas sean vendidos a particulares para el ejercicio de actividades privadas a un precio inferior a su valor. Esta interdicción se fundamenta en el principio de igualdad pero, también, podemos leer en la citada Decisión, en las disposiciones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 relativas al derecho de propie-

(108) DAVID (*op. cit.*, 10) interpreta las palabras que se han transcrito de la Decisión de 21 de julio de 1994 en el sentido de que, para el Consejo Constitucional, la atribución de derechos reales sobre el dominio público no es contraria al principio de inalienabilidad; se trata, dice la autora, de una interpretación novedosa de dicho principio, que ahora ha quedado redefinido. Con independencia de ello, lo evidente es que para el Consejo no estamos ante un principio de valor constitucional.

dad y a la protección que le es debida, reglas que conciernen no sólo a la propiedad de los particulares sino, también, y a título igual, a la del Estado y de las restantes personas públicas (109).

Y tal es, justamente, el argumento que en 1994 se trae de nuevo a colación por el Consejo cuando afirma que

Les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques; qu'elles font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté.

Estando en Francia asumido, como antes indiqué, que entre el dominio público y las Administraciones públicas titulares del mismo media una relación de propiedad, la extensión a aquél de las garantías constitucionales del derecho de propiedad (110) permite conferirle un estatuto en el que van a existir aspectos indisponibles para el legislador. La protección debida a la propiedad pública proscribía ciertas previsiones desnaturalizadoras de ésta y, en otro plano, justificaba la existencia y ejercicio de las prerrogativas administrativas tendentes a defenderla.

Ahora bien, esa protección debida a la propiedad pública no puede ser contemplada en desconexión de otro principio que el Consejo Constitucional destaca insistentemente. Cuando el legislador modifica las disposiciones relativas al dominio público, afirma, no puede privar de garantías a las exigencias constitucionales que resultan de la existencia y continuidad de los servicios públicos a los que aquél está afectado. Afectación a los servicios públicos en cuanto criterio situado en una posición paritaria al de la debida protección a la propiedad pública, de manera tal que, en el fondo, ambos acaban entremezclándose, diluyéndose uno en el otro y apareciendo prácticamente indisociados a lo largo de la argumentación del Consejo Constitucional.

Así, en la Decisión comentada podemos leer que la posibilidad de conferir derechos reales sobre el dominio público debe entenderse excluida en relación con actividades incompatibles con la afectación; que el plazo de seis meses para solicitar autorización administrativa en las transmisiones

(109) Parágrafo 58 de la Decisión 86-207. A propósito de esta cuestión señalan FAVOREU y PHILIP (*op. cit.*, 674-675) que la extensión a las propiedades públicas de la protección reconocida a la propiedad en una Declaración de Derechos del Hombre ha sido objeto de algunas críticas, pero que el principio de igualdad era suficiente para justificar la Decisión en este punto.

(110) Decantadas por el propio Consejo Constitucional en las Decisiones 81-132, de 16 de enero, y 82-139, de 11 de febrero, ambas sobre nacionalizaciones. Vid. FAVOREU y PHILIP, *op. cit.*, 483 y ss.

mortis causa de los títulos de ocupación no puede obstaculizar las prerrogativas de la autoridad competente para asegurar la continuidad del servicio público; que ninguna de las medidas que pueden adoptar los acreedores del ocupante en defensa de sus derechos podrá interrumpir el funcionamiento del servicio público; o, en fin, que la posibilidad de que los acreedores propongan un sustituto del ocupante incumplidor no puede obstaculizar el ejercicio de las prerrogativas necesarias para garantizar la continuidad del servicio público.

De esta manera, afectación al servicio público y protección de la propiedad pública se dan la mano. Es claro que la Decisión 94-346 reconoce valor constitucional a la existencia de un dominio público afectado al servicio público (111), pero permanece la duda de si lo mismo puede predicarse de los bienes afectados al uso público, en ningún momento mencionados de forma directa. Estimo al respecto que la propia protección debida a la propiedad pública puede, a buen seguro y por sí misma, proporcionar a aquéllos la oportuna cobertura constitucional. Pero es que, además, prohibida la conclusión de contratos de *crédit-bail* en relación con bienes afectados al servicio público, el Consejo Constitucional afirma que los que se pueden concertar no pueden obstaculizar la afectación demanial, sin precisión alguna. Por este motivo, todo el dominio público, sea cual fuere su afectación, está protegido en los términos que han quedado expuestos y todo él ostenta una dimensión constitucional. Más allá de la confirmación de la regulación del texto de 1994, estimo que el gran aporte de la Decisión 94-346 se encuentra justamente aquí.

(111) Cfr. LAVIALLE, *La constitution*, cit., 1109. En otro orden de consideraciones, no es inoportuno recordar que la noción de servicio público había sido objeto con anterioridad de constitucionalización por obra del propio Consejo, si bien en otro contexto y con otro alcance. Así, la Decisión 79-105, de 25 de julio, sobre el derecho de huelga en la radio y la televisión, parágrafo 1: *en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle.*

BIBLIOGRAFIA

